

A Governança Corporativa no Conselho de Administração das estatais: apontamentos a partir das diretrizes da OCDE e da Lei Federal nº 13.303/16

Otávio Augusto Venturini de Sousa

Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas/SP. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie com mobilidade acadêmica para a Universidade de Coimbra (Portugal). Membro da *International Society for Third-Sector Research* (ISTR). Advogado e consultor em Direito Público.

André Castro Carvalho

Bacharel, Mestre, Doutor e Pós-Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo, tendo sua tese de doutorado recebido o Prêmio CAPES de Tese de 2014. Foi Pós-Doutor *visiting researcher* no Massachusetts Institute of Technology – MIT. Foi *Visiting Researcher* na Karl Franzens Universität Graz, e *Visiting Scholar and Professor* na Nankai University (Tianjin) e Jilin University (Changchun). Foi *Pasante Internacional* no Morales & Besa Abogados (2012), escritório sediado em Santiago de Chile. Possui experiência internacional em países como Angola, Argentina, Bermuda, Bangladesh, México, Índia, Cingapura, Malásia, Indonésia, Egito e Hong Kong.

Sumário: **1** Contextualização: desafios e peculiaridades da governança corporativa nas estatais brasileiras – **2** Definição de empresas estatais e precedentes de regulação sobre os Conselhos de Administração – **3** Conselho de Administração nas *Guidelines* da OCDE e repercussões nos programas brasileiros de governança para estatais – **4** O novo Estatuto Jurídico das Empresas Estatais – **5** O Conselho de Administração das Estatais na Lei Federal nº 13.303/16 – Conclusão – Referências

Resumo: o artigo realiza uma abordagem descritiva da atuação do Conselho de Administração nas empresas estatais, a partir da análise da evolução normativa e institucional do tema. O trabalho foi pautado na análise de dois marcos normativos sobre o tema (as *Guidelines* da OCDE de 2005/2015 e a Lei Federal nº 13.303 de 2016), e procurou demonstrar as suas repercussões e acúmulo normativo desses diplomas para a independência, qualificação, *empowerment* e fiscalização dos Conselhos de Administração das estatais.

1 Contextualização: desafios e peculiaridades da governança corporativa nas estatais brasileiras

Uma das finalidades precípua da governança corporativa é superar o denominado “conflito de agência”,¹ que se origina da delegação do poder de decisão sobre a empresa pelo proprietário/acionista (*shareholder*) a um agente especializado/administrador (*manager*) de maneira profissionalizada. Nesse sentido, a relação de agência entre *shareholders* e *managers* pode evidenciar conflitos de interesses próprios de cada um dos grupos, com repercussões para a gestão da firma.

Vale mencionar que esse tipo de conflito é paradigmático em sociedades como os Estados Unidos e Inglaterra, onde a propriedade das companhias é mais pulverizada e o mercado de capitais é mais maduro e dinâmico. No caso do Brasil, em que ainda há o predomínio de propriedade concentrada e de estruturas familiares, os conflitos se intensificam na medida em que, por um lado, a empresa cresce e novos sócios (sejam acionistas, investidores ou herdeiros) passam a fazer parte da sociedade, mas, por outro, os antigos proprietários continuam a manter o pleno controle sobre a empresa.²

Desse modo, o modelo de controle concentrado, verificável em países como o Brasil, desloca o problema de agência para a relação entre acionistas majoritários/controladores (*controlling shareholders*) e acionistas minoritários/não controladores (*non-controlling shareholders*), considerando muitas vezes que os administradores acabam sendo porta-vozes dos próprios acionistas majoritários.

¹ HART, Oliver. Corporate Governance: Some Theory and Implications. *The Economic Journal*, v. 105, n. 430, p. 678-689, 1995.

² A Lei das SAs (Lei Federal nº 6.404/76), na sua antiga redação, também contribuiu para consolidação desse modelo, ao possibilitar que a base acionária fosse dividida em ações ordinárias (ON, com direito a voto) e preferenciais (PN, sem direito a voto), podendo as PNs representar até dois terços do total das ações. O que significa dizer que um acionista detendo apenas 16,7% do capital total poderia controlar uma companhia. Duas mudanças normativas, no entanto, ocorridas no início da década passada começaram a alterar esse quadro. A primeira foi a criação do Novo Mercado, em que apenas companhias com base acionária formada integralmente por ONs são admitidas à negociação. Adicionalmente, a alteração na Lei das SAs em 2001, que determinou que as ações PN poderiam representar no máximo 50% do total das ações das companhias surgidas após a promulgação dessa lei. No plano fático, todavia, a partir do apanhado de pesquisas levantadas por Guimarães, Marques e Peixoto, pode-se constatar que o perfil de controle concentrado continua a predominar em nosso país. De acordo com os autores: “apesar de os estudos terem sido feitos para períodos diferentes, constatou-se que quase metade do controle está nas mãos de famílias ou indivíduos, há uma porção significativa de controladores estrangeiros e nacionais não familiares, com cerca de 20% cada um, baixa representação de bancos e instituições financeiras, em média menos de 1%, empresas estatais com quase 6% e fundos de pensão com aproximadamente 5% de representatividade.” Os estudos a que fazem referência datam de 2004, 2008 e 2013, portanto, após a criação do Novo Mercado e alteração da Lei de SAs. Cf. MARQUES, Thiago de Ávila; GUIMARÃES, Thayse Machado; PEIXOTO, Fernanda Maciel. A concentração acionária no Brasil: análise dos impactos no desempenho, valor e risco das empresas. *RAM – Revista de Administração Mackenzie*, v. 16, n. 4, p. 103-104, 2015, p. 103-104.

Essa brevíssima anotação inicial se refere às questões de conflito de agência vivenciadas na iniciativa privada; quando se muda o tema para a atuação das estatais, a governança corporativa ganha contornos e desafios ainda mais intensos.

Isso porque o Estado é um tipo diferente de “proprietário”: é uma organização política e econômica moldada pelo seu próprio Direito de natureza pública. O principal custo de agência no Estado situa-se entre os atores públicos (eleitos ou não) e os cidadãos, que devem ser os beneficiários finais da ação estatal.

É voz corrente que os custos de agência no Estado são mais significativos do que na iniciativa privada. Milhaupt e Pargendler elencam três razões para essa constatação:

Primeiro, as opções de saída de que gozam os cidadãos são muito mais fracas do que as disponíveis para os acionistas (e, em sociedades não democráticas, a opção de voz também é praticamente inexistente). Segundo, o problema de ação coletiva enfrentado pelos cidadãos no monitoramento de políticos é mais intenso do que aquele enfrentado pelos acionistas em empresas privadas. Em terceiro lugar, a falta de um consenso claro sobre os objetivos que o governo deve buscar – bem como os meios necessários para atingir tais objetivos – dificulta o desenvolvimento de mecanismos efetivos de responsabilização.³

Mas não é só, Fontes Filho e Picolin também ressaltam que:

As empresas estatais estão sujeitas a restrições mais brandas em termos orçamentários, que podem protegê-las contra ações de tomada de controle via mercado e falência. Ainda que possível, esta última situação na prática raramente ocorre, gerando pressões adicionais sobre os gastos públicos para equacionar a empresa estatal em situação financeira difícil;

Muitas estatais, por sua própria natureza, operam em áreas nas quais a competição com o setor privado é pequena ou inexistente;

Os padrões de transparência e prestação de contas são diferentes daqueles do setor privado, uma vez que orientados principalmente para o controle dos gastos públicos;

³ Tradução sugerida para o seguinte trecho: “First, the exit options enjoyed by citizens are far weaker than those available to shareholders (and, in non-democratic societies, the voice option is also virtually non-existent). Second, the collective action problem faced by citizens in monitoring politicians is more intense than the one facing shareholders in private firms. Third, the lack of a clear consensus on which objectives the government should pursue – as well as on the means to accomplish such objectives – hinders the development of effective mechanisms of accountability”. MILHAUPT, Curtis J.; PARGENDLER, Mariana. Governance Challenges of Listed State-Owned Enterprises Around the World: National Experiences and a Framework for Reform. *Law Working Paper*, n. 352/2017, p. 5.

Com frequência, não há um claro proprietário, mas vários potenciais proprietários buscando objetivos diferentes. Ministérios – um ou vários – e o Parlamento podem se alternar na condição de principal (proprietário) frente à empresa, em uma complexa relação de agência, com múltiplos e por vezes dispersos grupos de principais construindo uma cadeia difusa de *accountability*.⁴

Nesse sentido, o elemento mais relevante que diferencia o conflito de agência no setor público e no setor privado é a questão do fluxo de incidência de normas de direito público, o que obriga a governança corporativa a se adaptar a outros desideratos que não o propriamente de um arquétipo de firma no mercado. Um dos exemplos é a aplicação da Teoria da Firma no setor privado e no setor público.

Uma estatal não pode se voltar exclusivamente ao atendimento dos *shareholders*. Isso porque ela possui algum desiderato social – o atendimento de alguma política ou interesse público, por exemplo – que não se encontra em uma empresa privada. Se for comparada a atuação da Caixa Econômica Federal com algum banco exclusivamente privado, é possível verificar a diferença de desideratos que têm um ou outro banco.

Por tudo isso, verificam-se enormes desafios à adequação da governança corporativa à lógica de funcionamento das estatais; e, para além disso, um grande risco de que as ações dos que atuam na gestão das estatais em nome do governo sirvam aos seus interesses privatísticos, em detrimento dos interesses dos cidadãos – outro problema de principal-agente.

Mas em que pesem todos esses desafios e a intensidade dos custos de agência, as estatais representam parcela significativa da economia mundial – ou seja, elas continuam necessárias para o bom funcionamento dos mercados. De acordo com dados coletados por Tremblay *et al.*,⁵ a proporção de estatais entre a Fortune Global 500 cresceu de 9% em 2005 para 23% em 2014. Ademais, as estatais representam aproximadamente 10% do produto interno bruto global e vendas conjuntas de US \$3,6 trilhões em 2011.

Em países emergentes como o Brasil, o papel das estatais mostra-se ainda mais relevante. Para se ter alguma noção em termos quantitativos, no país, existem atualmente cerca de 154 empresas estatais controladas direta (48) ou

⁴ FONTES FILHO, Joaquim R.; PICOLIN, Lidice M. Governança corporativa em empresas estatais: avanços, propostas e limitações. *Revista de Administração Pública*, v. 42, n. 6, p. 1163-1188, 2008, p. 1171. Os autores extraíram essa sistematização de um estudo da OCD (OCDE). *Draft comparative report on corporate governance of state-owned assets*, Daffe/CA/Priv. Paris, 2004b. ms.)

⁵ TREMBLAY, Marie-Soleil *et al.* Corporate Governance and Accountability of State-Owned Enterprises. *International Journal of Public Sector Management*, v. 28, n. 4-5, p. 274-285, 2015.

indiretamente (108) pela União, inseridas nos mais diversos setores – e isso sem contar as demais controladas pelos outros entes da federação.⁶

Os reflexos dos investimentos realizados nas estatais são percebidos na economia e mercado de capitais interno, fazendo com que elas sejam importantes estimuladoras da economia nacional. De acordo com dados apurados pelo Secretário da Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (SEST) do Ministério do Planejamento, “até outubro de 2016, o investimento total do Governo Federal foi de R\$78,4 bilhões, onde 59% deste valor corresponde a investimentos em empresas estatais federais. Elas, em conjunto, empregam 550.239 mil empregados, sem citar os milhares de empregos indiretos que são gerados.”⁷

As estatais do subgênero *sociedade de economia mista* são responsáveis ainda por movimentações robustas na Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros – atual B3 – e contribuem significativamente no cálculo do Ibovespa, o mais importante indicador de desempenho médio das cotações das ações negociadas. Nos termos do levantamento realizado pela BM&FBOVESPA:

Em 31/08/2015, havia 30 Estatais listadas na BM&FBOVESPA, das esferas federal, estadual e municipal, atuantes em 6 setores da economia e responsáveis por 14,23% da capitalização de mercado (equivalente a R\$300 bilhões). Essas companhias foram responsáveis, no período de setembro de 2014 a agosto de 2015, por 21,9% do Volume Médio Diário Negociado (equivalente a R\$1,5 bilhão). Dessas Estatais, 8 são integrantes do Ibovespa e 10 são integrantes do IBrX -100. Em relação à participação de pessoas físicas, merecem destaque Banco do Brasil (324 mil CPFs), Petrobras (323 mil CPFs) e CEMIG (123 mil CPFs).⁸

Vale ressaltar que os dados indicados na pesquisa da BM&FBOVESPA referem-se apenas às *sociedades de economia mista*, excluindo-se, portanto, as *empresas públicas*, nas quais a propriedade é exclusivamente do Estado.

Diante deste cenário que evidencia a relevância da atuação das estatais, é necessário ter clareza dos grandes desafios enfrentados pelo Brasil na proposição e implementação de arranjos de governança corporativa capazes de alinhar a gestão das estatais com os interesses dos cidadãos e dos seus investidores.

⁶ SEST. *Revista das Estatais [recurso eletrônico]/Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais*. v. 1, jan. 2017. Brasília: MP, 2017, p. 18.

⁷ SEST. *Revista das Estatais [recurso eletrônico]/Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais*. v. 1, jan. 2017. Brasília: MP, 2017, p. 18.

⁸ BM&FBOVESPA. *Programa destaque em governança de estatais*. 2015, p. 3.

Um primeiro desafio a ser enfrentado é a constante relação das estatais com os maiores escândalos de corrupção do país. No escândalo do “Mensalão” foram implicadas estatais importantes, como o Banco do Brasil e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT); e no recente escândalo da Operação Lava-Jato, a Petrobras figurou como o principal foco da corrupção.

Outro desafio que se impõe é o conflito de interesse entre objetivos sociais e políticos do governo, enquanto controlador da estatal, e os interesses econômicos dos investidores. Vale lembrar, a título de exemplificação, que durante o período das eleições presidenciais de 2014 foi noticiado o uso de controle tarifário pelo governo para conter a inflação.⁹ Ocorre que a política trouxe graves repercussões aos interesses financeiros de estatais, como a Petrobras e a Eletrobras, e, por conseguinte, dos seus acionistas.

Por fim, necessário destacar também que a própria definição e tratamento legal do controle governamental levanta questões problemáticas no contexto brasileiro. A existência de investidores institucionais fortes controlados pelo Estado, como os fundos de pensão das empresas estatais¹⁰ e o BNDESPAR (braço patrimonial do BNDES), no mercado de ações brasileiro, bem como o uso generalizado de acordos de acionistas por atores estatais, expõe a ingerência do governo mesmo em empresas em que o governo não detém diretamente a maioria do capital votante.¹¹

Portanto, todas essas questões põem em destaque a controvérsia do presente tema. Em razão do recorte temático, daremos especial atenção ao tema do processo de nomeação, formação e acompanhamento da atuação do Conselho de Administração das estatais, com base nas proposições da nova Lei Federal nº 13.303/16, por acreditarmos que aí se encontra um importante passo para a evolução do modelo de governança corporativa das estatais brasileiras.

2 Definição de empresas estatais e precedentes de regulação sobre os Conselhos de Administração

O prosseguimento nessa discussão exige alguma clareza conceitual sobre o termo “empresa estatal” na organização da Administração Pública e enseja a

⁹ CRUZ, Valdo; NATUZA, Nery. Governo segura tarifas para conter a inflação, diz ministro. Poder. *Folha de São Paulo*. 14 maio 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/05/1453855-mercadante-admite-que-governo-segura-precos-da-gasolina-e-da-energia.shtml>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

¹⁰ Ver o caso envolvendo atuação de fundo de pensão de empresa estatal (PREVI) em controle acionário de empresa privada: PERKINS, Susan; PERKINS, Susan. Citigroup’s Shareholder Tango in Brazil (A). *Kellogg School of Management Cases*, p. 1-16, 2017.

¹¹ MILHAUPT, Curtis J.; PARGENDLER, Mariana. Governance Challenges of Listed State-Owned Enterprises Around the World: National Experiences and a Framework for Reform. *Law Working Paper*, n. 352/2017, p. 3.

referência às regulações que precederam a Lei Federal nº 13.303/16, no que se refere ao Conselho de Administração.

A Administração Pública brasileira divide-se em Administração Direita e Administração Indireta. A Administração Pública Direita possui personalidade jurídica de direito público e compõe-se do eixo decisório central do Estado: União, estados, Distrito Federal e municípios, e todos os seus respectivos órgãos de soberania (Legislativo, Executivo, Judiciário) e demais órgãos de gestão (Secretarias, Ministérios, Corregedorias, Tribunais de Contas etc.).

A Administração Pública Indireta, por sua vez, é uma divisão decorrente da necessidade de descentralizarem-se certas atividades do Estado para aperfeiçoamento da gestão. Em suma, a ideia é conferir personalidade jurídica própria e autonomia a determinadas entidades para que possam gerir serviços públicos e atividades econômicas com mais eficiência.

A Administração Pública Indireta divide-se em dois grupos: a) entidades com personalidade jurídica de direito público, que são as *autarquias* e as *fundações públicas*; e b) entidades com personalidade jurídica de direito privado, que são as *empresas públicas* e *sociedades de economia mista*, nos termos do Decreto-Lei nº 200/1967 (art. 5º, incisos II e III).

As empresas estatais representam esse grupo de entidades da Administração Pública Indireta composto pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

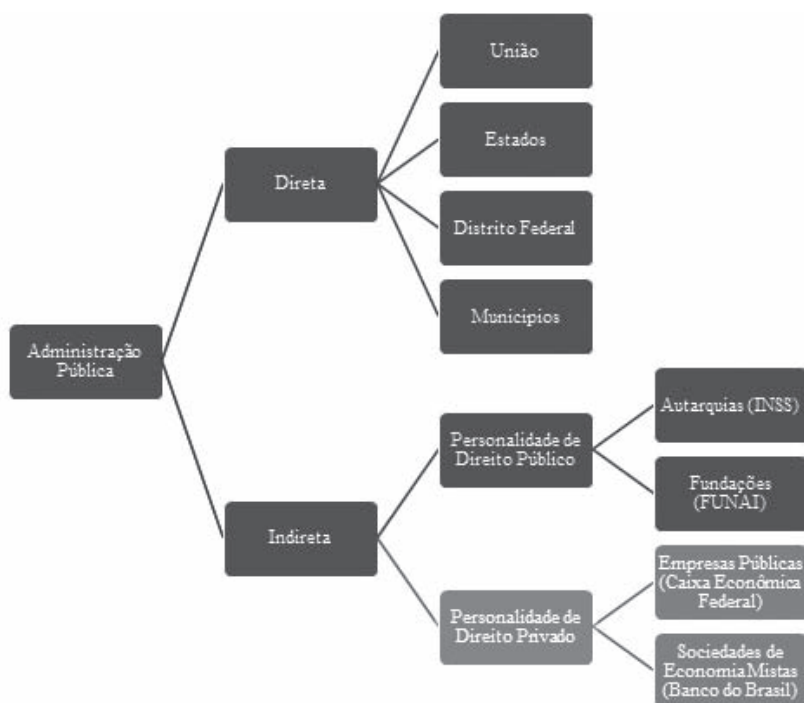
A distinção entre entidades da Administração Indireta de personalidade de direito público e de direito privado encontra razão de ser na natureza da atividade exercida. Diz-se, no plano ideal,¹² que as entidades de direito público (autarquias e fundações públicas) destinam-se aos serviços públicos, e as entidades de direito privado, às atividades de natureza econômica. E a consequência dessa divisão encontra-se no regime jurídico a ser adotado, de modo que as estatais observarão um regime jurídico muito mais próximo do direito privado do que as autarquias e fundações, que se orientam por um regime de direito público em sentido estrito.¹³

O organograma abaixo traz um quadro demonstrativo da estruturação da Administração Pública no Brasil com algumas exemplificações dessas entidades:

¹² A realidade da organização da Administração Pública brasileira revela, porém, uma divisão que foge do plano ideal.

¹³ Em termos exemplificativos, embora as estatais tenham de realizar concurso público para a suas contratações de pessoal, o regime jurídico aplicável aos empregados é o celetista e não o estatutário, como ocorre na autarquias e fundações – ou seja, o regime de *empregado público*, e não o *estatutário de servidor público*. Há também algumas repercussões no regime de responsabilidade civil extracontratual e algumas relativizações casuísticas em relação ao regime de compras (como, p. ex., o Decreto nº 2.745/98 que possibilitou a utilização da carta convite para aquisições de grande monta na Petrobras, em contraponto ao disposto na Lei nº 8.666/93).

FIGURA 1
ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA



Isso posto, cabe conceituar propriamente as empresas estatais. Em essência, *empresa pública* é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, cujo capital social é *integralmente* detido pela União, pelos estados, pelo Distrito Federal ou pelos municípios. Ao passo que *sociedade de economia mista* é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua *maioria* à União, aos estados, ao Distrito Federal, aos municípios ou à entidade da administração indireta.

Portanto, a mais relevante distinção entre essas duas entidades está na *forma e grau* de propriedade pelo Estado. Ou seja, a *empresa pública* é *integralmente* detida pelo Estado, enquanto a *sociedade de economia mista* é constituída sob a forma de sociedade anônima e pertence em sua *maioria* ao Estado.

Essa distinção traz enormes consequências à governança corporativa, tendo em vista que nas sociedades de economia mista há terceiros investidores/proprietários que também devem ter seus interesses protegidos e representados no Conselho de Administração.

Com relação às regulações precedentes, o primeiro diploma legal a trazer alguma regulação sistematizada ao tema foi o Decreto-Lei nº 200 de 1967.¹⁴ O parágrafo único do art. 27 estabelece que “assegurar-se-á às empresas públicas e às sociedades de economia mista condições de funcionamento idênticas às do setor privado cabendo a essas entidades, sob a supervisão ministerial, ajustar-se ao plano geral do Governo”.

A norma põe em destaque a capacidade de interferência do Poder Executivo, por meio da supervisão ministerial, ao mencionar o dever de ajustamento das estatais ao plano geral do Governo.

Relativamente à temática do Conselho de Administração, muito embora o antigo Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (DEST)¹⁵ já recomendasse que fosse instalado em todas as empresas estatais federais, do ponto de vista estritamente legal, a existência desse colegiado era obrigatória apenas nas sociedades de economia mista, em subsidiárias de capital aberto e em empresas de capital autorizado, nos termos da Lei nº 6.404/1976, arts. 239 e 138, §2º.¹⁶

No que toca propriamente à seleção dos membros do Conselho de Administração, nas sociedades por ações, os membros seriam eleitos pela Assembleia Geral de Acionistas. No caso de empresas públicas não constituídas na forma de sociedades anônimas, os membros do Conselho de Administração eram nomeados diretamente por ato do Ministro de Estado supervisor da estatal.¹⁷

É fato, no entanto, que a prática revelou a indicação de conselheiros e administradores diretamente pelo Poder Executivo com motivação no interesse de formar e manter maiorias no Legislativo. Isso fez com essas funções de primordial relevância para as atividades das estatais tornassem-se moedas de troca com partidos políticos que desejassem compor o bloco de apoio ao governo e facilitar o presidencialismo de coalizão.¹⁸ Essa seria a grande diferença entre a governança corporativa das empresas estatais em relação às empresas privadas.

¹⁴ Os esforços reformistas e a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 200 em 1967 representaram um “necessário e urgente labor de simplificação e racionalização da atuação da máquina estatal, isso porque havia uma profusão de estatutos de interpretação rígida e confusa dificultando a atuação de qualquer administrador público.” Cf. SOUSA, Otávio Augusto Venturini de. A crise do paradigma “atocêntrico” da atividade administrativa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública*, 2015, p. 46.

¹⁵ O DEST integra o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão Secretaria Executiva e em 2016 passou a receber a denominação de Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (SEST), como resultado de uma política de ampliação do seu papel institucional.

¹⁶ DEST. *Manual do conselheiro de administração*, 2010.

¹⁷ DEST. *Manual do conselheiro de administração*, 2010.

¹⁸ BRANCO, Gil Castelo. A corrupção na Petrobras e nas estatais. *O Globo*. 16 set. 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniao/a-corrupcao-na-petrobras-nas-estatais-13944986>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

3 Conselho de Administração nas *Guidelines* da OCDE e repercussões nos programas brasileiros de governança para estatais

Após a contextualização acerca do papel da governança corporativa nas estatais e a descrição da regulação até então existente no país, passa-se ao estudo das *Guidelines* da OCDE sobre o tema, com enfoque na regulação do Conselho de Administração.

Importante consignar, de início, que a repercussão das *Guidelines* da OCDE no direito nacional ocorre a despeito de o Brasil não ser membro do Conselho da entidade, órgão com poder para adotar *Decisions* e *Recommendations*. No entanto, o fato de não ser membro não afasta a soberania do Estado brasileiro, isso porque a expressão *Guidelines*, no que toca à teoria da norma jurídica, representa um conjunto de diretrizes não obrigatórias (*soft law*). Isto é, de normas de boas práticas em um setor específico em que o Estado destinatário se vincula por liberalidade e que possuem baixo grau de cogência/vinculação, mas com elevado significado simbólico e institucional. Ademais, é preciso destacar que o Brasil participou das discussões do grupo de trabalho que elaborou as diretrizes.

O histórico de elaboração e trâmite dessas *Guidelines* revela que elas decorreram de uma solicitação realizada em junho de 2002, pelo *Grupo Dirigente da OCDE em Governança Corporativa* ao Grupo de Trabalho de Privatização e Governança Corporativa de Bens de Propriedade do Estado, para que desenvolvessem um conjunto de diretrizes não obrigatórias e melhores práticas em governança corporativa de empresas estatais. A finalização do documento se deu em 2005, quando foi proposto pela OCDE, e a sua revisão se deu em 2015.

O documento está estruturado em seis áreas que tratam respectivamente de: I. Assegurar uma estrutura reguladora e legal efetiva para empresas de propriedade estatal; II. O Estado na qualidade de proprietário; III. Tratamento equitativo de acionistas; IV. Relações com as partes interessadas (*stakeholders*); V. Transparência e divulgação; VI. As responsabilidades dos Conselhos das empresas de propriedade do Estado.

Em razão do recorte temático, dar-se-á especial atenção às responsabilidades dos Conselhos das empresas de propriedade do Estado. Nesse tópico, as *Guidelines* da OCDE trazem seis diretrizes claras acerca da modelagem dos Conselhos das estatais. *In verbis*:

A. Os membros dos conselhos das estatais devem ter mandatos claramente definidos e a responsabilidade principal pelo desempenho da empresa. O papel dos conselhos de empresas estatais deve ser claramente definido na legislação e, preferencialmente, estar de acordo com o direito societário. O conselho deve ser totalmente

responsável pela prestação de contas aos proprietários, agir no melhor interesse da empresa, e tratar todos os acionistas com equidade.

B. Os conselhos das estatais devem cumprir suas funções de monitoramento da administração e condução estratégica, sujeito aos objetivos determinados pelo governo e pela entidade proprietária. Devem ter o poder de nomear e remover o presidente-executivo da empresa (CEO).

C. Os conselhos das estatais devem ser constituídos de forma que possam exercer julgamentos objetivos e independentes. Todos os membros do conselho, incluindo quaisquer funcionários públicos, devem ser nomeados com base em qualificações e possuir responsabilidades legais equivalentes.

D. Os membros independentes do conselho, onde aplicável, devem estar livres de quaisquer interesses ou relações materiais com a empresa, com a administração desta, com outros principais acionistas e com a entidade proprietária, que possam comprometer seu exercício de julgamento objetivo.

E. Devem ser implementados mecanismos para evitar conflitos de interesses, impedindo os membros do conselho de realizar objetivamente seus deveres de diretoria e limitar a interferência política nos processos do conselho.

F. O presidente do conselho deve assumir a responsabilidade pela eficiência do conselho e, quando necessário, trabalhar em coordenação com outros membros do conselho, atuando como apoio para as comunicações com a entidade de propriedade estatal. A boa prática exige que o Presidente do Conselho seja diferente do presidente-executivo da empresa (CEO).

G. Se uma representação de empregados no conselho for estabelecida, devem ser desenvolvidos mecanismos para garantir que essa representação seja exercida efetivamente e contribua para o aprimoramento das competências, informações e independência do conselho.

H. Os conselhos de empresas estatais devem considerar a criação de comissões especializadas, compostas por membros independentes e qualificados, para apoiar o conselho no desempenho de suas funções, particularmente no que diz respeito à auditoria, gerenciamento de riscos e remuneração. O estabelecimento de comitês especializados deve melhorar a eficiência do conselho, sem prejuízo à responsabilidade deste.

I. Os conselhos de empresas estatais devem, sob a supervisão da Presidência, realizar uma avaliação anual e bem estruturada para avaliar seu desempenho e eficiência.

J. As empresas estatais devem desenvolver procedimentos eficientes de auditoria interna e estabelecer uma função de auditoria interna

monitorada pelo conselho e pelo comitê de auditoria (ou pelo órgão corporativo equivalente), reportando-se diretamente a esses.¹⁹

Essas diretrizes, elaboradas com participação brasileira, têm servido de norte para o governo federal em diversos programas de boas práticas de governança corporativa para as empresas estatais. Os Manuais do Conselheiro de Administração elaborados pelo então Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (DEST),²⁰ órgão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, fazem referência expressa às orientações previstas nas *Guidelines* da OCDE. Esses manuais são regulamentos (2010²¹ e 2016²²) da Administração Pública Federal que vinculam todas as estatais do âmbito da União.

Além disso, a relevância da *Guidelines* da OCDE é evidenciada em políticas setoriais levadas a cabo por atores da regulação do mercado. Esse é o caso, por

¹⁹ Tradução sugerida para o seguinte trecho: "A. The boards of SOEs should be assigned a clear mandate and ultimate responsibility for the enterprise's performance. The role of SOE boards should be clearly defined in legislation, preferably according to company law. The board should be fully accountable to the owners, act in the best interest of the enterprise and treat all shareholders equitably. B. SOE boards should effectively carry out their functions of setting strategy and supervising management, based on broad mandates and objectives set by the government. They should have the power to appoint and remove the CEO. They should set executive remuneration levels that are in the long term interest of the enterprise. C. SOE board composition should allow the exercise of objective and independent judgement. All board members, including any public officials, should be nominated based on qualifications and have equivalent legal responsibilities. D. Independent board members, where applicable, should be free of any material interests or relationships with the enterprise, its management, other major shareholders and the ownership entity that could jeopardise their exercise of objective judgement. E. Mechanisms should be implemented to avoid conflicts of interest preventing board members from objectively carrying out their board duties and to limit political interference in board processes. F. The Chair should assume responsibility for boardroom efficiency and, when necessary in co-ordination with other board members, act as the liaison for communications with the state ownership entity. Good practice calls for the Chair to be separate from the CEO. G. If employee representation on the board is mandated, mechanisms should be developed to guarantee that this representation is exercised effectively and contributes to the enhancement of the board skills, information and independence. H. SOE boards should consider setting up specialised committees, composed of independent and qualified members, to support the full board in performing its functions, particularly in respect to audit, risk management and remuneration. The establishment of specialised committees should improve boardroom efficiency and should not detract from the responsibility of the full board. I. SOE boards should, under the Chair's oversight, carry out an annual, wellstructured evaluation to appraise their performance and efficiency. J. SOEs should develop efficient internal audit procedures and establish an internal audit function that is monitored by and reports directly to the board and to the audit committee or the equivalent corporate organ." OCDE. *Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, 2015. Disponível em: <<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2615061e.pdf?expires=1492444259&id=id&accname=guest&checksum=119467739735193B05363B51895A731F>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

²⁰ O DEST foi transformado em 2016 na Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (SEST). A mudança é resultado da ampliação do papel desempenhado pelo antigo Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (DEST).

²¹ DEST. *Manual do conselheiro de administração*, 2010. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/download/manual_do_conselheiro_adm_mp.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

²² DEST. *Manual do conselheiro de administração*, 2016. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/download/manual_do_conselheiro_adm_mp.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

exemplo, do Programa Destaque em Governança de Estatais da BM&FBOVESPA, lançado em setembro de 2015. O programa é voltado a estatais abertas ou em processo de abertura de capital e foi desenvolvido com o objetivo de restaurar a relação de confiança entre investidores e estatais. O programa trabalha com uma lógica de classificação/certificação, de modo que as empresas que implementarem as 25 medidas de governança nele previstas serão certificadas como Categoria 1, em que todas as medidas são obrigatórias, ou Categoria 2, em que, além de 6 medidas obrigatórias, a estatal deverá obter 27 pontos dos 37, disponíveis em relação às medidas opcionais.²³ O modelo proposto visa trazer maior segurança ao investidor que orienta seus investimentos pelo nível de governança da entidade.²⁴

4 O novo Estatuto Jurídico das Empresas Estatais

O tratamento dado à governança corporativa pela Lei Federal nº 13.303/16 e seu Decreto regulamentador (Decreto nº 8.945/16) é o resultado do acúmulo institucional das experiências das últimas duas décadas e do clamor por maior eficiência e transparência na gestão das empresas estatais.

A supra abordada incorporação das diretrizes da OCDE em normas nacionais (tal como Manuais do Conselheiro de Administração elaborados pelo Governo Federal), bem como em políticas setoriais levadas a cabo por atores da regulação do mercado (como, por exemplo, o Programa Destaque em Governança de Estatais da BM&FBOVESPA) representaram o primeiro passo para uma reforma normativa mais ampla e profunda.

No plano normativo, é necessário destacar que o lançamento da “pedra fundamental” foi a aprovação e a entrada em vigor Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que alterou o art. nº 173, §1º da Constituição Federal, para prever a edição de Estatuto Jurídico sobre o funcionamento das estatais, a partir de dois eixos temáticos principais: “a) regime de contratações, específico e unificado, abrangendo obras, serviços, compras e alienações; e b) regras de governança, envolvendo fiscalização, funcionamento dos conselhos de administração e avaliação de desempenho dos administradores.”²⁵

Desde a sua entrada em vigor, passaram-se quase duas décadas até que finalmente fosse publicado o tão aguardado Estatuto Jurídico das Empresas

²³ Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/governanca-de-estatais/>. Acesso em: 12 abr. 2017.

²⁴ GIANNETTI, Mariassunta; SIMONOV, Andrei. Which Investors fear Expropriation? Evidence from Investors' Portfolio Choices. *The Journal of finance*, v. 61, n. 3, p. 1507-1547, 2006.

²⁵ SEST. *Revista das Estatais [recurso eletrônico]/Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais*. v. 1, jan. 2017. Brasília: MP, 2017, p. 20.

Estatais, Lei Federal nº 13.303 de 30 de junho de 2016, e o seu regulamento, o Decreto nº 8.945/16.

Um aspecto relevantíssimo desse novo diploma normativo é o âmbito de sua aplicação. A norma tem abrangência nacional, valendo, pois, para as estatais da União, estados, Distrito Federal e municípios.

Além disso, a norma é aplicável para toda e qualquer estatal que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens, ou mesmo aquelas que se destinam a prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União, isto é, serviços públicos. Isso significa dizer que a Lei não operou qualquer distinção entre estatais que exploram atividade econômica (por exemplo: Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal), prestam serviços públicos (por exemplo: Correios) ou mesmo que atuam como uma sociedade de propósito específico (SPE). Portanto, todas, indistintamente, devem observar os preceitos da lei.

A única hipótese de flexibilização prevista na Lei é específica para as empresas que tiverem receita operacional bruta inferior a R\$90 milhões no exercício anterior, e ainda assim a flexibilização só permitida de forma parcial e restrita a determinadas regras de governança previstas no Título I da Lei.

5 O Conselho de Administração das Estatais na Lei Federal nº 13.303/16

Em apertada síntese, pode-se afirmar que o Conselho de Administração é a unidade de orientação estratégica, à qual incumbe a orientação e a supervisão da Diretoria. Esta, por sua vez, é encarregada da gestão executiva e organizacional da empresa estatal. A partir da nova lei, o Conselho foi mantido facultativo apenas nas subsidiárias de capital fechado, tornando-se obrigatório em todas as demais, inclusive nas Empresas Estatais de Menor Porte. O que representa uma mudança bastante significativa, tendo em vista que a legislação vigente até então estabelecia a obrigatoriedade do Conselho apenas nas *sociedades de economia mista*, em *subsidiárias de capital aberto* e em *empresas de capital autorizado*, nos termos da Lei nº 6.404/1976, arts. 239 e 138, §2º.²⁶

Portanto, a nova lei estendeu a obrigatoriedade do Conselho de Administração para todas as modalidades de empresas estatais, com exceção apenas às subsidiárias de capital fechado, em que a definição do órgão é facultativa.

Realizada essa abordagem inicial do Conselho nas estatais, destaca-se que a proposta ora colocada é realizar uma análise normativa por meio de quatro

²⁶ DEST. *Manual do conselheiro de administração*, 2010.

critérios que entendemos capazes de indicar a efetividade da atuação do Conselho de Administração para a governança corporativa nas estatais. Os critérios são: *independência*, *qualificação*, *empowerment* e *fiscalização* do Conselho. Assim, realizaremos uma análise do texto normativo com apoio nesses quatro critérios e com referência a estudos sobre o tema, como, por exemplo, as análises da OCDE expressas nas *Guidelines* revisadas em 2015.

a) Independência e qualificação

Os critérios de *independência* e *qualificação* devem ser abordados conjuntamente, isso porque dependem, em síntese, do processo de escolha dos conselheiros (indicação/eleição/nomeação).

A Lei Federal trabalha esses dois critérios a partir de três modalidades de exigências legais para a qualificação do processo de escolha dos conselheiros, quais sejam: a) *vedação da indicação* de pessoas com determinados atributos ao Conselho; b) *limitação à participação* de pessoas com determinados atributos até o limite de 75% da composição total do Conselho; e c) *exigência de qualificações* mínimas.

O quadro abaixo resume e especifica cada uma das três modalidades de exigências legais oriundas da novel legislação que regula o Conselho de Administração das estatais: